



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Interceptação das comunicações telefônicas como mecanismo de investigação criminal

Ariel José Guimarães Nascimento

Rio de Janeiro
2010

ARIEL JOSÉ GUIMARÃES NASCIMENTO

Interceptação das comunicações telefônicas como mecanismo de investigação criminal

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2010

INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS COMO MECANISMO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Ariel José Guimarães Nascimento

Graduado pela Universidade Tiradentes.
Advogado.

Resumo: O tema do presente trabalho é a interceptação das comunicações telefônicas como mecanismo de investigação criminal. Trata-se de assunto bastante polêmico e atraente, pois se depara com o dilema entre o direito à intimidade e à segurança pública. A intimidade fica ofendida através da quebra do sigilo telefônico e será considerada lícita nos casos de interceptação telefônica (previstos na Lei 9.296/96) e ilícita quando se tratar de gravação clandestina devendo-se sempre utilizar o princípio da proporcionalidade, tendo em vista a preponderância do interesse público em face aos direitos constitucionais individuais. O objetivo do artigo é analisar as reais possibilidades do emprego das Interceptações Telefônicas como meio probatório examinando a dicção das normas.

Palavras-chaves: Interceptação Telefônica. Intimidade. Provas.

Sumário: Introdução. 1. Interceptação Telefônica *Strictu Sensu*. 2. A Lei nº 9.296/96. 3. A Interceptação Telefônica na Investigação Criminal Contemporânea. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A escolha do tema deve-se à atual necessidade em melhor conhecer e entender o instituto da Interceptação Telefônica.

Destarte, o presente trabalho de conclusão tem como tema as interceptações telefônicas e sua delimitação, feita para facilitar o aprofundamento da matéria, é a utilização da interceptação das comunicações telefônicas como mecanismo de investigação criminal.

O trabalho busca promover uma discussão mais aprimorada entre os especialistas em Direito Constitucional Processual Penal, já que se trata de um assunto atual, curioso e controvertido, principalmente quando se contrapõem os direitos fundamentais em face da quebra do sigilo telefônico.

Verifica-se que, com os progressos técnicos vividos pela sociedade, o ser humano tornou-se capaz de fazer gravação de conversações telefônicas. Isso fez sobrevir à necessidade de proteção a tal tipo de comunicação. Assim, os Estados Democráticos de Direito viram-se obrigados a proteger o sigilo das comunicações de tal forma que ela foi erigida ao grau de garantia fundamental.

Todavia, não se pode privar o Estado do acesso a esses tão importantes meios de provas que são as interceptações telefônicas. Desse modo, a Carta Magna, em seu artigo 5º, XII prevê a quebra do sigilo telefônico, mas somente para casos em que haja: ordem judicial, nas hipóteses previstas em lei e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Com efeito, observa-se que o direito à intimidade é uma premissa geral, isto é, deriva da personalidade humana. Desse modo, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Entretanto, essa garantia, assim como todas as outras, não é absoluta e pode ser mitigada através do uso do princípio da proporcionalidade sempre que se estiver em busca da verdade real.

Efetivamente, a admissibilidade de provas obtidas com a violação da intimidade é uma discussão jurídica polêmica, já que abrange direitos constitucionais e fundamentais que devem ser respeitados. Assim, esse trabalho dará um enfoque especial à possibilidade de violação das comunicações telefônicas, sem que ocorra violação ao previsto no artigo 5º, LVI da Constituição Federal que trata da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Note-se, portanto, que a regra é o sigilo enquanto que a quebra, através da interceptação telefônica, é a exceção.

Com efeito, o objetivo geral desta reflexão será o de demonstrar, à luz da Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal e Lei 9.296/96 a importância e a efetividade de a interceptação telefônica servir como meio de prova dentro do processo penal brasileiro. Para tanto, será necessário identificar entendimentos jurisprudenciais acerca da matéria, bem como analisar qual tratamento vem sendo aplicado a esse instituto na doutrina.

No entanto, surge a dúvida de como o ordenamento jurídico brasileiro trata a questão do sigilo e de que maneira se pode confrontar a quebra do sigilo telefônico em face aos Direitos Fundamentais?

Ao longo deste estudo, ficará evidenciado que o ordenamento jurídico pátrio eleva o sigilo das comunicações ao grau de garantia fundamental e que só são juridicamente válidas as interpretações relativas à restrição de direitos fundamentais que busquem a sua justificativa na própria Constituição.

Este trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro versa sobre a interceptação telefônica *strictu sensu*; o segundo, a Lei 9.296/96 e o terceiro, a interceptação telefônica na investigação criminal contemporânea.

No que se refere à fundamentação teórica, utilizou-se pesquisa bibliográfica de natureza jurídica e jurisprudencial. Quanto ao método, usou-se o dedutivo e o comparativo, já que através da interpretação do texto constitucional combinado com a Lei 9.296/96 pode-se chegar a conclusões pertinentes, tal como a admissibilidade da quebra do sigilo telefônico desde que de acordo com os requisitos legais.

Já a técnica de pesquisa refere-se aos meios utilizados pelo autor para desenvolver sua obra como forma de obter informações e argumentos. Desta feita, o presente trabalho foi feito através de documentação indireta com a utilização de revistas jurídicas, periódicos, livros, legislação, jurisprudência e rede Internet.

1 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA *STRICTU SENSU*

O problema da liberdade, do sigilo de correspondência e do sigilo das comunicações possui grande importância na sociedade contemporânea, haja vista que suas formas tornaram-se de uso comum, de tal modo que apresentam ritmo e intensidade de crescimento absolutamente imprevisíveis. Devido a isso é que os Estados, de forma geral, passaram a se preocupar em disciplinar tais institutos.

No Brasil, o direito à intimidade e à honra são garantias constitucionais invioláveis que estão previstas no artigo 5º, X da Constituição Federal. De tal dispositivo garantista foi que surgiu a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas.

Dessa forma, percebe-se que a Carta Magna erigiu o sigilo das comunicações à condição de garantia fundamental e, por conseguinte, a cláusula pétrea nos termos do artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal.

Com efeito, os direitos humanos fundamentais são aqueles direitos que são inerentes a qualquer pessoa, isto é, todo homem o possui independentemente de qualquer condição.

Direitos fundamentais seriam, portanto, o conjunto de direitos individuais e/ou coletivos que podem ser exercitados em face do Estado ou do particular visando assegurar uma condição mínima e digna a todo e qualquer cidadão. Sobre isso Alexandre de Moraes¹ aduz:

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Note-se que nenhum direito é absoluto, ainda que se trate de um direito fundamental. Dessa forma, os direitos fundamentais previstos em um ordenamento jurídico não são ilimitados. Tais direitos encontrarão seus limites em outros igualmente consagrados pela Constituição. Exemplo disso seria quando numa mesma Carta se garante o direito à intimidade, entretanto excepcionalmente se admite a interceptação telefônica.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais que foram subdivididos em cinco capítulos: dos direitos e deveres individuais e coletivos, dos direitos sociais, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos.

¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.21.

O capítulo que trata dos direitos individuais e coletivos está previsto no artigo 5º da Carta Magna e correspondem aos direitos que estão diretamente ligados à pessoa humana e sua personalidade, como os direitos à vida, à dignidade, à honra, à liberdade, à intimidade, dentre outros.

A Constituição Pátria resguarda a intimidade e a vida privada de cada um e assegura, a todos que residem no território nacional (estrangeiros ou brasileiros natos e naturalizados), o sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas, de dados e de telefonia através do disposto em seu artigo 5º, XII da CRFB.

De acordo com Dimitri Dimoulis² o sigilo das comunicações é a proibição do acesso de terceiros ao conteúdo das mensagens e informações transmitidas e recebidas por qualquer que seja o meio e que se caracteriza como sendo uma garantia à liberdade, à privacidade e à intimidade.

Assim, infere-se que o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas foram erigidas ao grau de direitos fundamentais. Entretanto, tal direito individual não é absoluto, isto é, ele poderá ser mitigado nos casos em que a própria Constituição permita, ou seja, para fins de investigação criminal ou para instrução processual penal.

De acordo com Alexandre Moraes³, a interpretação desse preceito legal deve ser feita de modo a entender que o sigilo das comunicações só podem ser quebrados se visarem salvaguardar o interesse público e, também, para se evitar que tal liberdade individual possa servir como incentivo à prática de crimes.

² DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58.

³ MORAES. op. cit. p. 135.

Saliente-se, ainda, que ao se garantir o sigilo de dados, também quer garantir o sigilo do uso de informações decorrentes da informática. Essa nova garantia faz-se necessária devido à existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações (e-mail, *Chat*, *sites* de relacionamentos, etc.). Sendo assim, deve-se elevá-la ao grau de garantia da intimidade de forma a impedir que sejam feitas interceptações, de tais informações, por meios ilícitos.

Passando em revista as idéias até aqui coligidas verifica-se que o sigilo das comunicações só pode ser mitigado por meio de fundamentação elencada na própria Constituição. Sendo assim, o artigo 5º, XII da Carta Magna prevê que é possível efetuar a interceptação das comunicações telefônicas, bastando, para tanto, que seja feito através de ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei ordinária estabeleça e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu que tal preceito constitucional não era auto-aplicável. Nesse sentido, vide ementa do acórdão proveniente do julgamento do Habeas Corpus nº 73.351-SP de 10 de maio de 1996.

Importante saber que, antes da Constituição Federal de 1988, existia uma grande polêmica sobre a possibilidade da interceptação telefônica, haja vista que a Constituição de 1969 declarava ser inviolável tanto o sigilo da correspondência quanto o sigilo das comunicações telegráficas. Ocorre que, ao tempo do referido texto constitucional, vigorava o artigo 57, II, e da Lei nº 4.117/62 que estabelecia como não sendo violação de comunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Streck⁴ afirma que tal celeuma doutrinária só teve fim com o advento da Constituição Federal de 1988, quando o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de forma a considerar o artigo 57, II do Código Brasileiro de Telecomunicações como não tendo sido recepcionado pela Constituição Federal.

Ocorre que, em 24 de julho de 1996, entrou em vigor a lei ordinária n° 9.296/96, que veio para regulamentar a forma e as hipóteses das interceptações telefônicas. Sendo assim, com o advento da novel lei, não se discutirá mais se a interceptação pode ou não ser feita, mas sim, em que circunstâncias deverá ser autorizada pelo Poder Judiciário.

Assim, com a edição da Lei 9.296/96 houve uma mudança de entendimento por parte dos tribunais, de tal forma a se admitir a prova produzida através de interceptação telefônica como lícita, desde que preencha os requisitos constitucionais e legais.

A própria Carta Maior elencou os requisitos necessários para que possa ser feita a interceptação telefônica. Tais requisitos são:

a) Ordem judicial: é necessário o acionamento do Poder Judiciário, seja por parte do Ministério Público ou por parte da Autoridade Policial, permitindo que seja feita à interceptação telefônica. Convém notar que essa autorização judicial poderá ser dispensada nos casos expressamente previstos na Constituição, quais sejam: estado de defesa (artigo 136, § 1º, I da CF) e estado de sítio (artigo 139, III da CF);

b) Para fins de investigação criminal ou instrução processual penal: o pedido de interceptação só poderá ser deferido pelo juiz se for para servir de base em uma investigação criminal ou em um processo pena;

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 22.

c) Nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer: para que seja possível a feitura da interceptação telefônica será necessário cumprir os requisitos exigidos na Lei 9.296/96 que veio para regulamentar o artigo 5º, XII da CF.

Para que se compreenda o conceito da interceptação telefônica, é preciso diferenciar as seguintes matérias: escuta telefônica, escuta ambiental, interceptação ambiental, gravações clandestinas e interceptação telefônica em sentido estrito.

A escuta telefônica ocorre quando um terceiro capta a conversa com o consentimento de apenas um dos interlocutores. É, portanto, uma espécie da interceptação telefônica aqui entendida em seu sentido lato.

Verifique-se que essa espécie não abarca a gravação de comunicação telefônica feita por um dos interlocutores, uma vez que essa conduta não pode ser considerada como interceptação telefônica, consistiria, sim, em uma gravação clandestina de conversa telefônica própria.

Segundo Avolio⁵, a interceptação ambiental é a captação de conversa entre presentes feita por terceiro dentro do ambiente em que se situam os interlocutores, mas sem o conhecimento destes. Por outro lado, a escuta ambiental é entendida como a interceptação de conversa entre presentes, realizada por terceiros, feita com o conhecimento de alguns, ou pelo menos um, dos interlocutores.

Existe, ainda, a gravação clandestina, também simplesmente chamada de gravação telefônica, que ocorre quando um dos interlocutores grava sua conversa (telefônica ou

⁵ AVOLIO, Luiz Fernando Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99.

ambiental) sem o consentimento da outra parte. Para Ricardo Rangel⁶, quando se tratar desta modalidade, a Lei 9.296/96 não poderá ser utilizada:

[...] a gravação de conversa telefônica efetuada por um dos interlocutores foge ao alcance da previsibilidade contida na Lei 9.296/96, já que esta trata da interceptação telefônica, caracterizada pela intervenção de uma terceira pessoa no fluxo de comunicação, sem conhecimento dos participantes da conversação.

Desse modo, a interceptação telefônica em sentido estrito deve ser entendida como a captação de uma comunicação feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, e comumente chamado de “grampo”, ou seja, um terceiro (estranho à conversa) capta a comunicação existente na passagem de um emitente para um destinatário sem que nenhum deles saiba.

Faz-se necessário diferenciar a interceptação e a gravação clandestina. Na primeira, existe a figura de uma terceira pessoa que grava a conversa de outras duas pessoas (interlocutores) e sem que nenhuma delas saiba dessa gravação, pois será somente dessa forma que poderá ser aplicado o artigo 1º, parágrafo único da Lei 9.296/96. Já a gravação clandestina ocorrerá quando um dos interlocutores gravar a conversa sem que a outra parte tenha conhecimento e, neste caso, não se aplica a Lei 9.296/96.

2 A LEI N° 9.296/96

⁶ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e interceptação no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 70.

O artigo 5º, XII da Constituição Federal estabelece norma de eficácia contida. Logo, necessitava de uma lei que viesse a regular as condições para a restrição ao sigilo das comunicações telefônicas. Assim, tomando-se em consideração que a regra é o sigilo e a exceção é a interceptação telefônica, surge, em 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.926/96, que veio para dar aplicabilidade ao preceito constitucional supracitado de forma a viabilizar o processo de violação das comunicações telefônicas, naqueles casos já admitidos pela própria norma constitucional.

Ao criar tal lei, o legislador atribuiu ao ordenamento jurídico brasileiro recursos convenientes e eficientes no combate ao crime de forma a determinar em que casos e de que maneira deverá ser feita a interceptação telefônica.

Observe-se que essa Lei só tratará daquilo que foi chamado anteriormente de interceptação telefônica em sentido estrito. Dessa forma, a escuta telefônica não está abrangida por essa lei, ou seja, a escuta não pode ser considerada como uma prova válida, pois não tem previsão legal.

O pedido de interceptação telefônica poderá ser feito antes da propositura da ação penal, isto é, poderá ser realizado tanto durante a realização da investigação criminal quanto durante a instrução processual penal.

O artigo 3º da Lei em apreço informa que a interceptação poderá ser determinada de ofício pelo juiz ou a requerimento da autoridade policial (no caso de investigação criminal) ou

do representante do Ministério Público (em casos de investigação criminal e instrução processual penal)⁷.

Insta evidenciar que Luiz Flavio Gomes opina pela inconstitucionalidade do *caput* do artigo 3º, pois estabelece que o juiz pode determinar a interceptação de ofício. Para ele, com tal dispositivo, o legislador teria recriado a figura do juiz inquisidor, restabelecendo o sistema inquisitório, no qual o juiz procede de ofício na colheita de provas⁸. Na verdade, o juiz só tem legitimidade para uma atividade probatória complementar em caso de deficiência de provas. Se o juiz tomasse a iniciativa das provas tornaria o procedimento inviável, pois não daria a imparcialidade necessária ao processo.

Já o artigo 4º, *caput* da mesma Lei enuncia que o pedido tem que demonstrar sua necessidade e sua licitude com indicação de todos os meios a serem empregados. Preceitua, ainda, que tal pedido deve ser por escrito, podendo ser formulado verbalmente e condicionado a sua redução a termo, de acordo com o parágrafo primeiro do mesmo artigo.

Devido a seu caráter de urgência, o juiz deverá decidir num prazo máximo de vinte e quatro horas e, para deferir, não depende de audiência com o Ministério Público. Entretanto, caso ele seja ouvido, não pode ser motivo para atraso no julgamento.

Demais disso, sabe-se que decisão deve ser fundamentada e, de acordo com Luiz Flávio Gomes⁹, conter o seguinte:

[...] a) quais são os concretos indícios de autoria ou de participação; b) quais são as provas existentes a respeito da infração penal (materialidade); c) que se trata de infração punida com reclusão; d) que a interceptação é necessária em virtude da

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 4v. p. 506.

⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica* :Lei 9.296/96, de 24.07.96 Luiz Flávio Gomes, Raul Cervini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 205.

⁹ *ibid.* p. 215.

inexistência de outros meios disponíveis para obtenção da prova; e) a descrição com clareza da situação objeto da investigação (delimitação fática da medida, isto é, qual é o crime, onde está ocorrendo, desde quando vem ocorrendo, etc.); f) indicação e, se possível, a qualificação do sujeito passivo da medida (identificação do investigado ou dos investigados); g) individualização da linha telefônica que servirá de fonte para a captação da comunicação; h) quais meios serão empregados para a execução da medida (quais recursos tecnológicos, quais operações serão feitas); i) qual será a forma de execução da diligência – recursos próprios da polícia, recursos da concessionária, técnicos da concessionária etc.; j) qual é a duração da medida (o prazo não pode exceder 15 dias); l) qual é a intensidade da medida (captação de todas as comunicações ou sodas chamadas feitas ou só das chamadas recebidas, ou ambas, apenas constatação das chamadas sem importar o conteúdo etc.) ; m) que a interceptação é proporcional no caso concreto, em razão da gravidade da infração, da necessidade da prova, dos interesses afetados etc.; n) que tudo deve ser feito sob sigredo de justiça (1997, p. 215).

Com relação ao prazo de execução da interceptação, esta é de no máximo quinze dias, podendo ser prorrogado se, novamente, comprovado a indispensabilidade do meio de prova (artigo 5º da Lei 9.296/96). Verifica-se que a lei não limita o número de prorrogações possíveis. Dessa forma, criou-se uma celeuma doutrinária sobre a quantidade de vezes que pode ser prorrogada a interceptação telefônica.

De forma minoritária, existem aqueles que só admitem uma única prorrogação. Em contrapartida, a corrente majoritária (à qual se filiam Damásio de Jesus, Vicente Greco Filho e Luiz Flávio Gomes) defende a possibilidade de se prorrogar quantas vezes sejam necessárias, tendo em vista que a Lei não impôs qualquer restrição. Nesse sentido, também já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal por intermédio do Ministro Nelson Jobim¹⁰:

[...] o juízo acerca da necessidade na renovação das autorizações de interceptação telefônica deve levar em conta a natureza dos fatos e dos crimes e das circunstâncias que envolvem o caso. A denúncia (fls. 101/127), com a indicação de 13 (treze) réus, que se pauta em um conjunto complexo de relações e fatos, com a acusação de diversos crimes, dentre os quais a evasão de divisas, a formação de quadrilha, a lavagem de dinheiro e configuração de organização criminosa, não poderia ser viabilizada senão por meio de uma investigação contínua e dilatada a exigir a interceptação telefônica ao longo de diversos períodos de 15 dias. A possibilidade de renovação da interceptação telefônica por mais de um período de 15 (quinze) dias é

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus nº 83515/RS. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=hc+83515%2883515.NUME.+OU+83515.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 out. 2010.

amplamente aceita na doutrina. Leio VICENTE GRECO FILHO: "A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas forem necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo. A leitura rápida do art. 5º, poderia levar à idéia de que a prorrogação somente poderia ser autorizada uma vez. Não é assim: 'uma vez', no texto da lei, não é adjunto adverbial, é preposição. É óbvio que se existisse uma vírgula após a palavra 'tempo', o entendimento seria mais fácil." Com o mesmo entendimento, cito ANTONIO SCARANCE FERNANDES: "A decisão deve indicar a forma de execução da diligência (art. 5º). Diz a lei que a diligência não poderá exceder o prazo de quinze dias, 'renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova'. Pode-se, assim, permitir a renovação da interceptação, pelo mesmo prazo, por outras vezes, desde que, contudo, fique demonstrada a sua indispensabilidade, ou, como dizia o Projeto Miro Teixeira, quando permaneçam os pressupostos que permitem a sua autorização". Ainda no mesmo sentido, DAMÁSIO DE JESUS e LUIZ FLÁVIO GOMES. Diante do exposto, são legais as sucessivas prorrogações de prazo para a interceptação telefônica em virtude da necessidade de apuração de fatos complexos - que, inclusive, foi objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito no Rio Grande do Sul -, crimes que se configuraram no tempo e pluralidade de réus e, conseqüentemente, de relações e contados que deveriam ser investigados. Não está configurado desrespeito ao art. 5º, caput, da Lei 9.296/96. (STF, HC 83.515/RS. Rel. Min. Nelson Jobim, publicado no informativo do STF n. 365).

No que tange ao Ministério Público, a ele cabe apenas a ciência de todos os procedimentos operacionais. Quem conduz as operações efetivamente é a autoridade policial (através do Delegado de Polícia) que pode requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público. Dessa forma, a cientificação do Ministério Público é obrigatória e o acompanhamento das diligências é facultativo.

Vale gizar que o deferimento do pedido de interceptação telefônica é realizado *inaudita altera pars*, ou seja, a outra parte não toma conhecimento. Assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa só se darão após a interceptação, posto que se fosse sabido antes, ela não teria um real valor sendo por isso que se faz em segredo de justiça.

O direito de defesa será protelado para outra fase posterior do processo visando garantir a eficácia da medida na busca da verdade real. Destarte, o contraditório só ocorrerá

depois da execução das diligências da interceptação e quando o sigilo não for mais necessário para o êxito da investigação.¹¹

Note-se que a diligência, devido ao seu sigilo, deverá ocorrer em autos apartados e, posteriormente, ser apensado ao inquérito policial ou ao processo criminal.

Ao fim, aquilo que não interessar à prova deverá ser inutilizada, através de decisão judicial, para que se preserve o direito à intimidade e o sigilo das comunicações. Essa inutilização deverá ser assistida obrigatoriamente pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal (artigo 9º da Lei 9.296/96).

2.1 Requisitos Legais da Interceptação Telefônica

Afora os requisitos exigidos pela Constituição Federal, que já foram estudados anteriormente, existem, ainda, os requisitos trazidos pelos artigos 1º e 2º da Lei de Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296/96) e que podem ser divididos em cinco¹²: ordem do juiz, indícios razoáveis, crime punido com reclusão, único meio de produzir a prova e que sirva para instruir investigação policial ou processo criminal.

A seguir serão esmiuçados todos esses requisitos:

¹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 4v, p. 513.

¹² *ibid.* p. 502.

a) Ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal: o artigo 1º, *caput* da Lei nº 9.296/96, assim como a norma constitucional (art.5º, XII da Constituição Federal), estabelece que a interceptação telefônica só pode ser determinada pelo juiz competente para julgar a ação principal. Assim nunca o Ministério Público ou a Autoridade Policial poderão fazer a interceptação sem que haja uma decisão judicial. Atente-se para o fato de que o juiz que determinar a quebra do sigilo telefônico será, também, o competente para julgar a ação principal.

b) Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal: pelo disposto no artigo 2º, I da Lei em debate, não se exige prova plena para que seja deferido o pedido da interceptação. Faz-se necessário, somente, que haja o suficiente juízo de probabilidade, isto é, *fumus boni iuris*, tendo em vista o princípio do *in dubio pro societate*¹³. Dessa forma, se houver uma provável indicação de prática de crime, o juiz já poderá autorizar a quebra do sigilo.

Ponto controvertido, porém, será o da necessidade ou não da instauração formal de um inquérito policial para que seja possível o pedido de interceptação telefônica. Fernando Capez entende pela não necessidade da existência do Inquérito. Já Antonio Scarance Fernandes¹⁴ defende o seguinte:

[...] para que o juiz possa avaliar a presença no caso concreto destas duas exigências, haverá necessidade de investigação iniciada ou processo instaurado, ficando, em princípio, excluída a possibilidade de interceptação para iniciar investigação.

¹³ *ibid.* p. 504.

¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 92.

c) O fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão: somente será admitida a quebra do sigilo telefônico quando o fato investigado se tratar de crime apenado com reclusão. Entretanto, esse requisito tem sido criticado pela doutrina devido a duas falhas. Primeiramente porque ao se permitir a interceptação somente para crimes punidos com reclusão, o legislador deixou de lado crimes apenados com detenção, como a ameaça que, usualmente, é feita através do telefone.

A outra impropriedade reside no fato de que ao se permitir a quebra do sigilo telefônico em todo e qualquer crime punido com reclusão, ampliou-se excessivamente a quantidade de delitos passíveis de serem investigados através da interceptação o que, muitas das vezes, torna discutível o sacrifício de um direito fundamental (intimidade) em favor de crimes de menor gravidade.

d) Único meio de produzir a prova: como se trata de medida excepcional, a quebra do sigilo telefônico só pode ser deferida quando a prova não puder ser obtida por outros meios, cabendo ao juiz, no caso concreto, decidir se existem ou não alternativas menos lesivas ao indivíduo. Portanto, será necessário demonstrar o *periculum in mora*, ou seja, o perigo de perder a prova se não houver a interceptação. Note-se que, se existir outro meio de prova, mas ele for de grande dificuldade para ser produzida, na prática a autorização da interceptação pode ser concedida¹⁵.

e) Finalidade de instruir investigação policial ou processo criminal: esse requisito já foi explicitado anteriormente, pois é uma exigência constitucional reproduzida pela Lei

¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 4v., p. 505.

9.296/96. Por isso, a interceptação telefônica só pode ser pedida se visar instruir um processo penal ou uma investigação policial.

3 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

Devido ao aumento da complexidade das relações e conflitos sociais coteja-se até onde o Estado pode chegar em sua atividade investigatória, para a aplicação da norma penal. Observa-se, atualmente, uma forte inclinação a restringir direitos e garantias fundamentais, posto que são vistos como obstáculos ao efetivo combate da criminalidade.

Com efeito, é importante ressaltar que os direitos e garantias individuais não são os responsáveis pela existência dos conflitos sociais e pelo aumento da violência. Não obstante, enfrentar o problema sob essa perspectiva se torna mais simples, menos oneroso e politicamente mais vantajoso.

Nesse contexto, Fabiana Lemes Zamalloa do Prado¹⁶ científica que:

[...] essa tendência tem se manifestado de forma bastante intensa em matéria de prova no processo penal. O exercício da atividade probatória, revelando-se o ponto nuclear do processo penal, tem constituído um dos canais para as mais violentas formas de violação aos direitos fundamentais da pessoa, impedindo a consolidação do processo penal como garantia de liberdade da pessoa em face da onipotência do

¹⁶ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 195.

poder punitivo estatal, com grandes prejuízos à realização de um Estado efetivamente democrático.

Em linha de coerência com o que se afirma, colhendo-se os ensinamentos de Fabiana Prado, urge ressaltar que a segurança pública também é um bem protegido pela Carta Magna e constitui um direito fundamental da pessoa. Dessa forma, é um bem digno de proteção diante de um conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos.

Entrementes, o problema não reside no fato de a segurança pública ser ou não um direito fundamental e como tal merecer proteção. A discussão situa-se na inexistência de uma colisão real entre a segurança, no seu real sentido democrático, e os demais direitos e garantias fundamentais.

Destarte, o problema é que a segurança vem sendo utilizada como argumento para conferir legitimidade ao poder punitivo estatal, sendo entendido como expressão da ideologia da defesa social. Assim:

[...] quando o Poder Judiciário, invocando o princípio da proporcionalidade, restringe um direito fundamental sem que, efetivamente, esteja caracterizada uma colisão entre direitos e bens constitucionalmente protegidos, o que ocorre, em regra, quando em conflito estão, somente, o interesse de punir do Estado e o direito fundamental da pessoa, nada mais faz do que exercer, de forma anômala, um poder punitivo deslegitimado, o qual deve ser por ele contido e não exercido, como condição necessária para a legitimação de sua atuação no Estado Democrático de Direito¹⁷.

Ao revés, é a situação em que um direito ou garantia fundamental esteja efetivamente em choque com outro direito ou garantia constitucional. Nesse caso, a restrição a um direito fundamental se torna indispensável para que se possa proteger a uma outra garantia

¹⁷ PRADO. op. cit. p. 197.

constitucional. Assim, verifica-se a existência de conflito entre bens igualmente protegidos pela Constituição e, não somente, o conflito entre o interesse de punir estatal e o direito de liberdade do acusado ¹⁸.

Por conseguinte, deve-se ter em vista até que ponto a utilização do princípio da proporcionalidade apresenta-se como legítimo para a produção da prova com violação aos direitos fundamentais da pessoa ou a admissão de prova produzida ilicitamente de forma a contribuir para uma maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

Portanto, diante de um caso concreto, onde a produção da prova viola o direito fundamental de uma terceira pessoa caberá ao Juiz, por estar diante de uma colisão real entre o direito à liberdade do acusado e o direito fundamental de terceiro, com fundamento no princípio da proporcionalidade, proceder à ponderação de interesses, verificando qual dos bens tutelados possui maior relevância.

Para finalizar a contento o presente trabalho, é necessário que se revele alguns importantes posicionamentos jurisprudenciais acerca do objeto de estudo.

Com efeito, segundo entendimento referendado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, a gravação e a escuta telefônica têm tido o mesmo tratamento jurídico. Entretanto, já se sabe que se tratam de institutos diferentes. Dessa forma o Supremo tem admitido a validade tanto da escuta sem autorização judicial quanto da gravação de conversa telefônica ou pessoal, desde que sirva como uma excludente de ilicitude (exemplo: legítima defesa) afastando assim

¹⁸ *ibid.* p. 199.

a regra do artigo 5º, LVI da Constituição Federal que prevê a vedação às provas ilícitas. Nesse sentido¹⁹:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERRE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA.. HC 75338, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1998, DJ 25-09-1998 PP-00011 EMENT VOL-01924-01 PP-00069.

Nessa mesma linha de raciocínio o HC nº 74.678/SP²⁰:

Habeas corpus. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido.

Destarte, com base no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que as gravações telefônicas (captação da comunicação via fone feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro) não estão abrangidas pela Lei 9.296/96, assim como não entram no alcance da proibição do artigo 5º, XII da Carta Magna, considerando-se

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus nº 75.338/RJ. Relator: Ministro Nelson Jobim. 11 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000185321&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 set. 2010.

²⁰ _____. Supremo Tribunal, Hábeas Corpus nº 74.778/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000161682&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

como provas lícitas que podem ser produzidas sem necessidade de prévia autorização judicial.

Do exposto, Fernando Capez²¹ conclui de forma pontual:

[...] entendemos que o problema assim se coloca: a gravação telefônica em regra será lícita, salvo quando flagrantemente atentatória à intimidade alheia. A interpretação em sentido estrito e a escuta telefônica, quando feitas fora das hipóteses legais ou sem autorização judicial, não devem ser admitidas, por afronta ao direito à privacidade. No entanto, excepcionalmente, mesmo quando colhidas ilegalmente, tais evidências poderão ser aceitas em atenção ao princípio da proporcionalidade. Neste último caso, há duas posições: a) o princípio da proporcionalidade dever ser aceito somente *pro reo*; b) dever ser aceito *pro reo* ou *pro societate*. No tocante à utilização de gravação clandestina, vale mencionar o acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “a gravação de conversações através do telefone da vítima, com o seu conhecimento, nas quais restam evidentes extorsões cometidas pelos réus, exclui suposta ilicitude dessa prova (precedentes do Excelso Pretório).

Já em relação à interceptação telefônica *strictu sensu*, o Supremo tem decidido da seguinte forma²²: necessidade de se comprovar a indispensabilidade do meio de prova, possibilidade de renovação do prazo quinzenal por quantas vezes for necessária e a possibilidade da interceptação telefônica ser feita em crimes conexos apenados com detenção.

CONCLUSÃO

²¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 4v., p. 532.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83515/RJ. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883515.NUME.+OU+83515.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 10 nov.2010.

Ao desenvolver esse trabalho buscou-se elucidar conclusões plausíveis sobre o tema abordado. Entrementes se verificou não existir nem por parte da doutrina, nem por parte dos Tribunais uma posição assente acerca da matéria. Todavia, foi possível chegar a algumas conclusões parciais em relação ao assunto.

Restou evidenciado que a interceptação das comunicações telefônicas tornou-se um dos mais eficazes meios probatórios, principalmente para os crimes que não deixam vestígios materiais.

No entanto, a interceptação vai de encontro ao previsto no artigo 5º, X da Carta Magna, haja vista que ofende o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Assim, a grande problemática encontra-se no fato de conseguir harmonizar esses direitos e garantias fundamentais individuais com o interesse público e social. Desta feita, deve-se sempre ter em vista o princípio da proporcionalidade para que ocorra, da forma menos gravosa possível à intimidade, a preponderância do interesse público

Com efeito, o texto constitucional, frente à necessidade de o Estado proteger a sociedade, assentou restrições ao direito à intimidade através do artigo 5º, XII, que veio para disciplinar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de forma a flexibilizar o previsto no artigo 5º, X. Assim, a interceptação telefônica poderá ser feita desde que exista: ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (Lei nº 9.296/96) e que sirva somente para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Logo, a interceptação telefônica entendida em seu sentido estrito é tida como uma prova lícita, pois, se ela atende aos requisitos da Lei Maior e as hipóteses da Lei 9.296/96 (lei que regulamentou o artigo 5º, XII da Constituição Federal), pode ser plenamente utilizada dentro do processo penal e será de grande-valia para a apuração de vários crimes.

Note-se que se valendo do princípio da proporcionalidade, não mais se estará ferindo à Constituição, haja vista que está sendo feito um sopesar entre os institutos envolvidos de modo a prevalecer os valores preponderantes combatendo o crime e resguardando o cidadão. Dessa maneira, tem-se que caberá ao Juiz examinar de forma ponderada cada caso em concreto para decidir se deve ou não aceitar a utilização daquela determinada prova.

Passando em revista as idéias até aqui coligadas ficaram demonstradas a importância e a contemporaneidade do tema discutido, devido à sociedade viver numa crescente criminalidade e até mesmo impunidade. Dessa forma, verifica-se a necessidade da utilização da interceptação telefônica como mecanismo de investigação criminal, posto que é um meio probatório bastante eficiente já que tem a capacidade de conseguir desvendar o crime de forma mais rápida, torna a persecução criminal menos onerosa para o erário e facilita a busca da verdade real, por parte do magistrado, tornando-se necessária para a elucidação de crimes.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Fernando Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição(1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Lei n. 9.296*, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em: 22 jul. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 75.338/RJ. Relator: Ministro Nelson Jobim. 11 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000185321&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 set. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83515/RS. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal, Habeas Corpus nº 74.778/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000161682&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83515/RJ. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883515.NUME.+OU+83515.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 10 nov.2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 4v.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. 1v.

DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica: Lei 9.296/96, de 24.07.96*. Luiz Flávio Gomes, Raul Cervini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptações Telefônicas: considerações sobre a Lei 9.296/96*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e processo Penal: as interceptações telefônicas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 4 ed. Campinas: Millenium, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PARIZZATO, João Roberto. *Comentários à Lei nº 9.296, de 24-07-96, Interceptação de Comunicações Telefônicas, Aspectos Constitucionais e Legais: Doutrina, Legislação e Doutrina*. São Paulo: LED, 1996.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e interceptação no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Proporcionalidade: perigo do conceito aberto. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 153, ago 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.